



Ein Vierteljahrhundert Vertrauenshaftung Zeit für einen Nachruf?

VITO ROBERTO*



NADIA KUZNIAR**

Die Vertrauenshaftung ist vor 25 Jahren unvermittelt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgetaucht. Was folgte, war eine Flut an Publikationen. Die anfängliche Begeisterung im Schrifttum legte sich bereits nach wenigen Jahren. Die Vertrauenshaftung hatte zum Zweck, die im deutschen Recht bestehenden Lücken im Haftpflichtrecht zu überwinden. In der Schweiz ist sie wegen der Generalklausel in Art. 41 OR unnötig. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt sie denn auch seit Jahren keine Rolle mehr. Das 25-jährige Jubiläum seit dem erstmaligen Auftreten der Vertrauenshaftung in der Rechtsprechung ist Anlass, auf diesen dogmatischen «Hype» zurückzublicken.

La responsabilité fondée sur la confiance a émergé dans la jurisprudence du Tribunal fédéral il y a 25 ans. Il s'en est suivi un flot de publications. L'enthousiasme des débuts exprimé dans la littérature s'est éteint après quelques années déjà. La responsabilité fondée sur la confiance avait pour but de surmonter les lacunes existantes en droit allemand de la responsabilité. En Suisse, elle est inutile du fait de la clause générale de l'art. 41 CO. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle ne joue plus aucun rôle depuis des années. Le jubilé des 25 ans depuis la première apparition de la responsabilité fondée sur la confiance est l'occasion de jeter rétrospectivement un regard sur cet engouement dogmatique.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ursprünge der Vertrauenshaftung
- III. Rezeption in der Lehre
- IV. Abnehmende Bedeutung in der Rechtsprechung
- V. Heutiger Stand
- VI. Schlussfolgerung und Ausblick

I. Einleitung

Die Vertrauenshaftung ist unvermittelt vor einem Vierteljahrhundert in der Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgetaucht. Anlass war eine Klage gegen die damalige «Swissair» für Verbindlichkeiten einer insolventen Tochtergesellschaft.¹ In den Jahren nach Erscheinen des «Swissair»-Urteils kam es zu einer Flut von Aufsätzen,²

zahlreichen Dissertationen³ und zwei Habilitationen,⁴ welche sich mit dieser Rechtsfigur befassten. Diese Unmenge an Beiträgen veranlasste WALTER zur Aussage, die schweizerischen Privatrechtler liessen sich «in diejenigen scheiden [...], die zum Rechtsinstitut bereits geschrieben haben, und in diejenigen, die noch über den Druckfahnen brüten».⁵

Jenen Autoren, welche von Beginn an skeptisch waren, ob es im schweizerischen Recht dieser fremden

* VITO ROBERTO, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität St. Gallen.

** NADIA KUZNIAR, M.A. HSG, Universität St. Gallen.

¹ BGE 120 II 331.

² Siehe insbesondere HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR 2001 I, 79 ff. (zit. Vertrauenshaftung); DERS., Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, 273 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Die Canaris-Rezeption in der Schweiz – Vertrauenshaftung und «einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis» im Schweizer Recht, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München 2007, 881 ff., 892 ff.; DERS., Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, 85 ff. (zit. Obligation); MARTIN MOSER/BERNHARD BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten, AJP 1999, 541 ff., 545; JÖRG SCHMID, Vertrauenshaftung bei Formungültigkeit, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans

Peter Walter, Bern 2005, 417 ff.; EUGEN BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 231 ff. (zit. Vertrauenshaftung); ferner DERS., Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann – BGE vom 7.1.1999 («Monte Rosa-Fall») ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung, recht 2001, 65 ff. (zit. Monte Rosa-Fall); UELI SOMMER, Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?, AJP 2006, 1031 ff.

³ Siehe BERNHARD BERGER, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, Dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers, Bern 2000, 55 ff.; BEAT BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998, 34 ff.; FABIO DELCÒ, Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden, Zürich 2000, 43 ff.; REGULA FEHLMANN, Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, St. Gallen 2002, 52 ff.; MARTIN MOSER, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Bern 1998.

⁴ PETER LOSER, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006; HARALD BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009, 357 ff.

⁵ WALTER, Vertrauenshaftung (FN 2), 79 f.

Rechtsfigur tatsächlich bedarf,⁶ stand eine erstaunliche Anzahl Autoren gegenüber, welche die in Deutschland entwickelte Vertrauenshaftung als notwendige und besonders geglückte Rechtsfortentwicklung des schweizerischen Haftungsrechts erachteten.⁷ In der Zwischenzeit ist die anfängliche Begeisterung abgeklungen, und es ist rund um die Vertrauenshaftung ruhig geworden.

Aus Anlass des 25-jährigen Jubiläums seit der erstmaligen Erwähnung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll auf den Werdegang dieser Rechtsfigur zurückgeblickt werden. Zunächst sind die Ursprünge der Vertrauenshaftung zu beleuchten (nachfolgend II.). Anschliessend folgt eine Übersicht über die Rezeption in der Literatur (nachfolgend III.) und die Bedeutung der Vertrauenshaftung in der höchstgerichtlichen Rechtspre-

chung (nachfolgend IV.). Sodann soll die gegenwärtige Situation beschrieben (nachfolgend V.) und schliesslich im Rahmen der Schlussfolgerungen ein Ausblick gewagt werden (nachfolgend VI.).

II. Ursprünge der Vertrauenshaftung

Die Vertrauenshaftung wurde im deutschen Recht entwickelt. Ursprünge dieser Rechtsfigur erblickt man teilweise bereits bei JHERING, der sich im 19. Jahrhundert mit einer Haftung ausserhalb der Dichotomie von Vertrag und Delikt auseinandergesetzt hatte.⁸ JHERING hatte die Haftung aus «*culpa in contrahendo*» freilich auf die Fälle der «*nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträge*» eingeschränkt.⁹ Erst CANARIS weitete diese Überlegungen in seiner Habilitation zur «*Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*» zu einem weit über die vorvertragliche Einstandspflicht hinausgehenden Haftungskonzept aus.¹⁰ Erklärtes Ziel war die Schliessung der im deutschen Recht bestehenden Lücke in der zivilrechtlichen Haftung.

Die Haftungslücke liegt im mangelnden Schutz fahrlässig verursachter Schädigungen des Vermögens. Aufgrund der im deutschen Recht verunglückten gesetzlichen Normierung der Delikts haftung, die unter anderem eine ausservertragliche Haftung für reine Vermögensschädigungen lediglich bei Vorliegen eines Schutzgesetzverstosses vorsieht,¹¹ ist der Versuch, gestützt auf das allgemeine Rechtsprinzip des Vertrauensschutzes die normative Lücke zu schliessen, nachvollziehbar. Gleichwohl konnte sich die Vertrauenshaftung im deutschen Recht weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung durchsetzen.¹²

⁶ Siehe BENOÎT CHAPPUIS, *La responsabilité fondée sur la confiance vue par le praticien*, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zürich 2001, 97 ff., 106; ALFRED KOLLER, *Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten*, in: Alfred Koller (Hrsg.), *Neue und alte Fragen des privaten Baurechts*, St. Gallen 2004, 1 ff., 17 ff.; CORINNE WIDMER, *Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen*, ZSR 2001 I, 101 ff.; ARIANE MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance*, Genf 2002; HENRY PETER, *La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés*, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zürich 2001, 49 ff., 63; VITO ROBERTO, *Haftung für Dienstleistungen gegenüber vertragsfremden Dritten*, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer, *Recht und Internationalisierung*, Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 in St. Gallen, Zürich 2000, 137 ff., 151; MARKUS WICK, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht, Versuch einer kurzen Orientierung nach dem Swissair-Entscheid*, AJP 1995, 1270 ff., 1277 ff.; INGBORG SCHWENZER, *Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht*, in: Ingeborg Schwenzler (Hrsg.), *Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Tübingen 1999, 68 ff.; KRISTINA KUZMIC, *Haftung aus «Konzernvertrauen»*, *Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1998, 228, 259 ff.; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. A., Zürich 2000, 52 f.; BRUNO SCHMIDLIN, *Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontext*, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydliński*, Wien 2002, 415 ff., 416.

⁷ Siehe neben den in FN 2 bis 4 erwähnten Autoren insbesondere BSK OR I-UCHER, Art. 1 N 69a ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2003; BERNHARD BERGER, *Allgemeines Schuldrecht*, 1. A., Bern 2008, N 1964 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 7. A., Zürich 1998, N 982a ff.; MAX BAUMANN, *Zürcher Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Art. 1–7 ZGB, Einleitung, 3. A., Zürich 1998 (zit. ZK-BAUMANN), Art. 2 ZGB N 107 ff.; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, Bern 2012, N 343.

⁸ BYOUNG JO CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolph von Jhering*, Göttingen 1988; BERGER (FN 3), 18; WALTER, *Vertrauenshaftung* (FN 2), 81 f.

⁹ RUDOLPH VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in: Rudolph von Jhering/Carl Friedrich von Gerber (Hrsg.), *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, Jena 1861, 1 ff.

¹⁰ CLAUD-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971. Für eine Übersicht über die ideengeschichtliche Entwicklung der Vertrauenshaftung vgl. BERGER (FN 3), 18 ff.; BRECHBÜHL (FN 3), 34 ff.

¹¹ § 823 Abs. 1 BGB bezieht sich bloss auf den Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht. Abs. 2 erster Satz dieser Bestimmung lautet: «*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.*»

¹² Vgl. INGBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. A., Bern 2016, N 52.01; ROBERTO (FN 6), 151; BUCHER, *Vertrauenshaftung* (FN 2), 250 ff.; JAN DIRK HARKE, § 311 Abs. 2/3 BGB N 14 ff., in: Wolfgang Siebert (Hrsg.), *Soer-*

Das schweizerische Recht sieht in Art. 41 Abs. 1 OR, anders als das deutsche Recht, eine Generalklausel vor. Eine Schutzlücke kann infolgedessen nicht vorliegen.¹³ Es ist daher überraschend, dass das Bundesgericht im Jahre 1994 in der «Swissair»-Entscheidung¹⁴ die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung in seine Rechtsprechung aufnahm.

Das Gericht bejahte in seiner vieldiskutierten Entscheidung die Haftung der Swissair als Muttergesellschaft für ihre in Konkurs geratene Tochtergesellschaft. Trotz fehlenden Vertragsverhältnisses könnten öffentliche Erklärungen der Konzern-Muttergesellschaft bei Geschäftspartnern der Tochtergesellschaft ein Vertrauen hervorrufen, welches eine rechtliche Sonderverbindung zwischen diesen Dritten und der Konzernmutter begründen könne.¹⁵ Im vorliegenden Fall hielt das Bundesgericht fest, die Klägerin hätte aufgrund der in der Werbung betonten Einbindung der Tochtergesellschaft in den Swissair-Konzern darauf vertrauen können, die Swissair versorge ihre Tochtergesellschaft mit ausreichenden finanziellen Mitteln.¹⁶

Bereits im darauffolgenden Jahr erblickte das höchste Gericht in der sogenannten «Ringer»-Entscheidung¹⁷ einen weiteren Anwendungsfall für die Vertrauenshaftung. Ein Sportverband hatte bei einem Ringer die Hoffnung auf eine Teilnahme an der Weltmeisterschaft geweckt. Der Sportler tätigte im Hinblick darauf Dispositionen mit Kostenfolgen. Der Ringerverband versagte ihm jedoch die Teilnahme aufgrund nachträglich geänderter Auswahlkriterien. Das Bundesgericht hielt fest, das Vertrauen des Ringers sei durch das widersprüchliche Verhalten des Verbands enttäuscht worden, und sprach ihm Schadenersatz für seine Aufwendungen zu.¹⁸

gel – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5/1a, 13. A., Stuttgart 2014; vgl. auch VOLKER EMMERICH, § 311 BGB N 35 ff., in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, 7. A., München 2016. Gleiches gilt für das österreichische Recht, siehe ERIKA WAGNER, Vor §§ 1293 ff. ABGB N 18 ff., in: Georg Kodek/Michael Schwimann (Hrsg.), ABGB-Praxiskommentar, Bd. 6, §§ 1293–1503 ABGB, 4. A., Wien 2016; a.M. HELMUT KOZIOL, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010, 95 f.

¹³ Anderes gilt nur, wenn man die Generalklausel in einem ersten Schritt einschränkend auslegt, indem man sie im Sinne der Bestimmung in § 823 Abs. 1 BGB versteht, um dann in einem zweiten Schritt auf die «Lücke» hinzuweisen, welche durch die Vertrauenshaftung behoben werden soll.

¹⁴ BGE 120 II 331.

¹⁵ BGE 120 II 331 E. 5a.

¹⁶ BGE 120 II 331 E. 5b/aa.

¹⁷ BGE 121 III 350.

¹⁸ BGE 121 III 350 E. 5b, 6d.

III. Rezeption in der Lehre

Hatte sich vor den beiden Bundesgerichtsentscheiden in der schweizerischen Lehre kaum jemand mit der Vertrauenshaftung beschäftigt,¹⁹ folgte nun eine wahre Flut an Publikationen.²⁰ Die Vertrauenshaftung wurde als Ausdruck eines «*einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses*»²¹ verstanden, als ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip, welches die unzureichende Dichotomie von Vertrag und Delikt zu durchbrechen vermöge.²² Der frühere Präsident der ersten Zivilkammer des Bundesgerichts, die für Delikts- und Vertragshaftungen zuständig ist, charakterisierte sie in seinem Beitrag «*Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?*» als eine «*Rose*».²³ BUCHER wiederum prophezeite: «*Sie [die Vertrauenshaftung] befindet sich in der Schweiz derzeit wohl auf einem Aktualitäts- und Popularitätshoch, wie es dem Erreichen des Zustandes der Selbstverständlichkeit voranzugehen pflegt.*»²⁴

Den Befürwortern stand eine Vielzahl kritischer Stimmen gegenüber.²⁵ Primärer Einwand war, die im Fokus stehenden Fälle könnten ebenso gut auf den herkömmlichen Grundlagen (insbesondere auf dem Boden des Deliktsrechts) gelöst werden. Einer Rechtsfigur zwischen Vertrag und Delikt bedürfe es daher nicht²⁶ bzw. eine solche sei im schweizerischen Recht schlicht überflüssig.²⁷ Überdies wurde die Konturenlosigkeit der Vertrauens-

¹⁹ Erwähnt wurde die Haftung immerhin von ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK-KRAMER), Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR N 142 ff., insbesondere N 151 f.; siehe auch HEINZ REY, Rechtliche Sonderverbindungen und Rechtsfortbildung, in: Peter Forstmoser/Anton Heini/Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 231 ff.

²⁰ Siehe die in den FN 2 bis 7 erwähnten Autoren.

²¹ Die Ursprünge dieses Konstrukts finden sich bei CLAUD-WILHELM CANARIS, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff., 478 ff.; vgl. BK-KRAMER (FN 19), Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR N 142 ff.; WIEGAND, Obligation (FN 2), 86 ff.

²² WALTER, Vertrauenshaftung (FN 2), 96 f., MOSER (FN 3), 130 ff.; vgl. BRECHBÜHL (FN 3), 41 f., 51 ff.; WIEGAND, Obligation (FN 2), 86 ff. m.w.N.; kritisch SCHMIDLIN (FN 6), 416; WIDMER (FN 6), 114 ff.

²³ WALTER, Vertrauenshaftung (FN 2), 100.

²⁴ BUCHER, Monte Rosa-Fall (FN 2), 65.

²⁵ Siehe FN 6.

²⁶ MORIN (FN 6), 162, 169; PETER (FN 6), 63; WIDMER (FN 6), 105; ROBERTO (FN 6), 148.

²⁷ Siehe etwa den Untertitel des Beitrags von WIDMER (FN 6): «*Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen*».

haftung kritisiert.²⁸ Unklar blieb auch, ob auf die Haftung die vertrags- oder die deliktsrechtlichen Regeln Anwendung finden. Die Befürworter der Haftung sprachen sich mehrheitlich für die Übernahme der vertragsrechtlichen Regeln aus, etwa bei der Verjährung²⁹ und der Hilfspersonenhaftung.³⁰ Die Ersatzfähigkeit des positiven Vertragsinteresses entsprechend der Vertragshaftung wurde dagegen überwiegend abgelehnt.³¹

IV. Abnehmende Bedeutung in der Rechtsprechung

Auf die vieldiskutierten Urteile «Swissair» und «Ringer» in den Jahren 1994 und 1995 folgten, soweit ersichtlich, lediglich drei Entscheide, in denen Ansprüche gestützt auf die Vertrauenshaftung bejaht wurden, wobei diese Urteile in den Jahren zwischen 1998 und 2002 ergingen.³² In vier weiteren publizierten Bundesgerichtsurteilen wurde die

Rechtsfigur zwar vertieft diskutiert, ein entsprechender Anspruch aber jeweils verneint³³ bzw. der Schadenersatzanspruch gestützt auf eine vertragliche Haftung bejaht.³⁴ In einem weiteren Fall ging es lediglich um die Verjährungsfrist, wobei das Bundesgericht für Ansprüche aus der Vertrauenshaftung die Verjährungsfrist nach Art. 60 OR als massgebend erklärte.³⁵

Es fällt auf, dass sich die Zusprechung eines Schadenersatzanspruchs gestützt auf die Vertrauenshaftung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bloss während einer kurzen Zeit, nämlich in den Jahren zwischen 1994 und 2002, beobachten lässt.³⁶ In den Folgejahren wurde die Haftung – da sich die Kläger im Vertrauen auf die Geltung dieser Rechtsfigur darauf beriefen – zwar in manchen Entscheidungen erwähnt, aber nicht mehr bejaht. Generell lässt sich feststellen, dass die Bedeutung der Vertrauenshaftung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer weiter abnimmt. So finden sich im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts über doppelt so viele Entscheidungen, welche den Begriff «*Vertrauenshaftung*» verwenden, als im zweiten Jahrzehnt.³⁷

Es ist nicht anzunehmen, dass bloss um die Jahrhundertwende Sachverhalte mit «*begründeten und enttäuschten Vertrauenssituationen*» an das Bundesgericht weitergezogen wurden, welche die Gewährung eines Schadenersatzanspruchs rechtfertigen. Näherliegend ist die Annahme, dass das Bundesgericht in entsprechenden Fällen eine Ersatzpflicht auf einer anderen Anspruchsgrundlage zusprechen konnte, die Vertrauenshaftung insofern tatsächlich überflüssig ist.

V. Heutiger Stand

Die Vertrauenshaftung wird weiterhin in vielen Kommentaren und Lehrbüchern erwähnt.³⁸ Vereinzelt vermit-

²⁸ CHAPPUIS (FN 6), 105; so auch bereits in einer früheren Auflage INGENBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, N 52.03; WIDMER (FN 6), 114 ff.

²⁹ BUCHER, Vertrauenshaftung (FN 2), 259; LOSER (FN 4), N 1124 ff.; CR CO I-PICHONNAZ, Art. 127 N 22b, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser); SCHMID (FN 2), 423; a.M. CR CO I-WERRO (FN 29), Art. 60 N 6.

³⁰ Äussern sich zu beiden: MOSER (FN 3), 118 f.; MOSER/BERGER (FN 2), AJP 1999, 545; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. A., Zürich 2014, N 982k f.; WALTER, Vertrauenshaftung (FN 2), 99; BÄRTSCHI (FN 4), 376; a.M. PIERRE TERCIER, Abus de confiance?, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance, Zürich 2001, 69 ff., 75, und ZK-BAUMANN (FN 7), Art. 2 ZGB N 187 ff., 229, welche die Hilfspersonenhaftung den vertragsrechtlichen, die Verjährung jedoch den ausservertraglichen Regeln unterstellen wollen.

³¹ BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. A., Bern 2018, N 2027; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 1759; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 30), N 982k; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER), Einleitung in das OR N 344; ALFRED KOLLER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 28.59 (betr. Auskunftshaftung).

³² BGE 128 III 324; BGer, 4C.299/1998, 7.1.1999, in: ZBGR 1999, 387 ff. Allerdings stiess der Entscheid auch bei einem grundsätzlichen Befürworter der Vertrauenshaftung auf Kritik, vgl. BUCHER, Monte Rosa-Fall (FN 2), 81. Vgl. auch FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 3. A., Bern 2017, N 363: «*Pour l'essentiel, le Tribunal fédéral n'a admis la responsabilité fondée sur la confiance que deux fois.*» Daneben BGer, 4C.193/2000, 26.9.2001. Vgl. ferner BGer, 4C.202/2002, 30.10.2002, E. 4, welcher neben der «*culpa in contrahendo*» auch die Vertrauenshaftung als Haftungsgrundlage erwähnt.

³³ BGE 124 III 297; 130 III 345; 133 III 449; 142 III 84.

³⁴ BGE 131 III 377 E. 4.3.

³⁵ BGE 134 III 390 E. 4.3.3.

³⁶ Vgl. auch CHRISTOPH MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013, N 168: «*Depuis le milieu des années nonante, le Tribunal fédéral n'a plus appliqué cette responsabilité dans un arrêt officiellement publié, ce qui tend à indiquer que celle-ci est sur le déclin.*»

³⁷ Eine Suche auf der Homepage des Bundesgerichts nach dem Wort «*Vertrauenshaftung*» ergibt in den Jahren 2000 bis 2009 über 50 Treffer, von 2010 bis heute dagegen ca. 20 Treffer.

³⁸ Siehe beispielsweise BERGER (FN 31), N 1935 ff.; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 41 OR N 53e ff.; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Einleitung vor Art. 1 ff.

teln die Stellungnahmen in der Lehre den Eindruck, die Rechtsfigur habe sich im schweizerischen Recht etabliert; das Bundesgericht habe «seit einigen Jahren [...] in einer Reihe überzeugender Entscheidungen diesen Topos zur Entscheidungsgrundlage erhoben und damit eine Grundlage für dessen weitere Entwicklung geschaffen».³⁹ Diese Einschätzung dürfte eher dem Wunsch, die Vertrauenshaftung sollte fester Bestandteil der schweizerischen Rechtslandschaft werden, entspringen, als die realen Gegebenheiten widerspiegeln.

Wie vorstehend erwähnt, hat das Bundesgericht lediglich während einiger weniger Jahre Ersatzansprüche auf der Grundlage der Vertrauenshaftung bejaht.⁴⁰ Seit 2003 finden sich nicht bloss keine Entscheidungen, in denen ein Anspruch gestützt auf diese Rechtsgrundlage gutgeheissen wurde, es finden sich auch markant weniger Entscheidungen, welche die Vertrauenshaftung überhaupt erwähnen. Letzteres dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass Geschädigte – anders, als dies um die Jahrhundertwende noch der Fall war – diese Haftungsgrundlage zunehmend seltener zusätzlich zu den anerkannten Rechtsgründen für eine Einstandspflicht anführen.

Vor allem aber hat das Bundesgericht im Laufe der Zeit den Anwendungsbereich der Vertrauenshaftung immer restriktiver interpretiert. Die ersten beiden Entscheidungen des Bundesgerichts sowie die Befürworter dieser Rechtsfigur verstehen die Vertrauenshaftung als Oberbegriff sowohl der vorvertraglichen Haftung («*culpa in contrahendo*») als auch zahlreicher anderer Sachverhalte, welche immer dann zum Zuge kommt, wenn Vertrauen begründet und enttäuscht wird. In der neuesten publizierten Entscheidung aus dem Jahre 2016,⁴¹ in welcher die Vertrauenshaftung geprüft (und im konkreten Fall verneint) wurde, findet sich der Hinweis nicht mehr, dass es sich dabei um den Oberbegriff für die «*culpa in contrahendo*»

und andere ähnlich gelagerte Fälle handle.⁴² Stattdessen werden ausführlich die Einschränkungen erläutert:⁴³

«Die Vertrauenshaftung ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt; sie wurde gestützt auf das der Culpa-Haftung zugrundeliegende, bestimmte gegenseitige Treuepflichten der Partner begründende Vertragsverhandlungsverhältnis aus der Überlegung heraus entwickelt, dass in wertungsmässig vergleichbaren Fällen der haftpflichtrechtliche Schutz ebenfalls nicht versagt bleiben darf [...]. Das Bundesgericht hat indessen jeweils betont, dass die Vertrauenshaftung keinesfalls zu einer Haftung gegenüber jedermann ausufern und die Anerkennung dieser Haftungsgrundlage nicht dazu führen darf, dass das Rechtsinstitut des Vertrags ausgehöhlt wird [...]. Das Bundesgericht knüpft die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen daher an strenge Voraussetzungen [...]. Schutz verdient nicht, wer bloss Opfer seiner eigenen Unvorsichtigkeit und Vertrauensseligkeit oder der Verwirklichung allgemeiner Geschäftsrisiken wird, sondern nur, wessen berechtigtes Vertrauen missbraucht wird [...]. Schutzwürdiges Vertrauen setzt somit ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken [...]. Die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen nur, wenn die Beteiligten in eine so genannte «rechtliche Sonderverbindung» zueinander getreten sind [...]. Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein unmittelbarer Kontakt zwischen Ansprecher und Schädiger ist dabei nicht zwingend erforderlich; es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen, und dass der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten [...]. So kann etwa auch ein Experte bereits bei einer mittelbaren Beziehung gegenüber einem vertragsfremden Dritten aus erwecktem Vertrauen haftbar werden, wenn er ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Weitergabe mit seinem – wirklichen oder vertrauens-theoretisch zurechenbaren – Einverständnis erfolgt [...]. Über die Intensität der Sonderverbindung und damit über den Umfang der Haftung bestimmen die konkreten Umstände, der gesellschaftliche und berufliche Kontext und die soziale Rolle der Betroffenen [...]. Entscheidend ist bei Gutachten und Prüfungsberichten, in welchem Masse der sich auf das fragliche Dokument verlassende Dritte berechtigten Anlass hatte, den ihm unterbreiteten Informationen zu vertrauen [...].»

Das Bundesgericht erwähnt in dieser und in früheren Entscheidungen, die Vertrauenshaftung sei «zwischen Vertrag und Delikt» angesiedelt, um dann aber fortzufah-

N 100 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); ZK-BAUMANN (FN 7), Art. 2 ZGB N 105 ff.; CR CO I-THÉVENOZ (FN 29), Intro. Art. 97–109 N 22d ff.; WILLI FISCHER, Art. 41 OR N 108 ff., in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar*, Zürich 2016; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 30), N 982a ff.; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. A., Zürich 2013, § 4 N 22 ff.; HUGUENIN (FN 31), N 1712 ff.; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. A., Zürich 2018, N 43 ff.; VITO ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, 2. A., Bern 2018, N 05.80 ff.; SCHWENZER (FN 12), N 52.03 ff.

³⁹ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 38), Einleitung vor Art. 1 ff. OR N 100. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 30), N 982f.

⁴⁰ Zwischen den Jahren 1994 und 2002; siehe oben bei FN 36.

⁴¹ BGE 142 III 84.

⁴² In diesem Sinne noch BGE 134 III 390 E. 4.3.2: «Die Haftung aus erwecktem Vertrauen ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Sie erfasst als Oberbegriff die Haftung aus culpa in contrahendo und die weiteren interessensmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen, wie etwa die Haftung für falsche Auskunft», mit Nachweisen auf frühere Entscheidungen.

⁴³ Ebenda BGE 142 III 84 E. 3.3; für ähnliche, wenngleich weniger umfassende Formulierungen siehe BGE 124 III 297 E. 6; 133 III 449 E. 4.1.

ren, dass es sich um einen «*haftpflichtrechtlichen Schutz*» handle. Sodann bezieht das Gericht die Sonderverbindung darauf, dass jemand kundgibt, «*für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen*». Die Ausführungen zum Anwendungsbereich und zu den Voraussetzungen machen deutlich, dass es sich bei der Vertrauenshaftung nach heutiger Auffassung des Bundesgerichts letztlich um nichts anders als die Haftung für unrichtige Auskünfte gegenüber Dritten handelt.

Die Haftung für falsche Auskünfte ist die bedeutsamste Fallgruppe für reine Vermögensschädigungen.⁴⁴ Entsprechende Sachverhalte hat das Bundesgericht jedoch bereits einer sachgerechten Lösung zugeführt, bevor die Vertrauenshaftung Eingang in die Rechtsprechung fand. So hat das Gericht im Jahre 1931 die wahrheitswidrige Auskunft eines Verwaltungsratspräsidenten gegenüber einem Aktionär über die finanzielle Situation der Gesellschaft,⁴⁵ im Jahre 1975 das Verschweigen gravierender Fehler in einem Arbeitszeugnis,⁴⁶ im Jahre 1985 die Auskunft einer Bank gegenüber einem Lieferanten über die Solvenz eines Bankkunden⁴⁷ und im Jahre 1998 die unrichtige schriftliche Bestätigung über Vermögenswerte eines liechtensteinischen Trusts⁴⁸ jeweils auf der Grundlage einer ausservertraglichen Haftung bejaht.⁴⁹

Man könnte natürlich für die Fallgruppe der ausservertraglichen «*Haftung für falsche Auskünfte*» den Begriff «*Vertrauenshaftung*» verwenden. Ob dies sinnvoll ist, darf freilich bezweifelt werden. Denn in der Rechtswissenschaft assoziiert man mit dem Begriff der Vertrauenshaftung eine «*dritte Haftungsschiene zwischen Vertrag und Delikt*» bzw. ein Sammelbecken für verschiedene Haftungsprobleme; die Verwendung für eine vergleichsweise kleine Fallgruppe im Deliktsrecht würde infolgedessen eher Verwirrung stiften.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Vertrauenshaftung in der Literatur ihre anfängliche Faszination weitgehend verloren hat; heute überwiegen in der Lehre die skeptischen Stimmen.⁵⁰ Auch das Bundesgericht wendet

sich immer mehr davon ab und schränkte in der neuesten publizierten Entscheidung den Anwendungsbereich auf die Fallgruppe der Haftung für falsche Auskünfte ein. Diese Fälle wurden seit jeher auf der Grundlage des ausservertraglichen Haftpflichtrechts beurteilt und entschieden. Einer neuen Haftungsfigur, die irgendwo zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt ist, bedarf es insofern nicht.

VI. Schlussfolgerung und Ausblick

Bei der Vertrauenshaftung handelt es sich um eine mit Blick auf eine Eigenheit des deutschen Deliktsrechts entwickelte, aber weder in der deutschen Lehre noch Rechtsprechung anerkannte Rechtsfigur, die unvermittelt Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung fand. Nach einer anfänglichen Euphorie machte sich eine gewisse Ernüchterung breit. Vor allem stehen die Flut an Publikationen und der Umfang der Ausführungen im Schrifttum in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Vertrauenshaftung in der Rechtsprechung.

Das Bundesgericht unterstellte die Vertrauenshaftung der deliktsrechtlichen Verjährung und schränkte den Anwendungsbereich zuletzt auf die Fälle der unrichtigen Auskunft ein, welche seit jeher die bedeutsamste Fallgruppe der deliktsrechtlichen Haftung für reine Vermögensschäden bilden. Die Vertrauenshaftung ist somit weder Oberbegriff für die «*culpa in contrahendo*» und weitere «*Haftungskonzepte zwischen Vertrag und Delikt*» noch bildet sie eine «*dritte Schiene zwischen Vertrag und Delikt*». Vielmehr bezeichnet sie bloss noch die Fälle der ausservertraglichen Haftung für falsche Auskünfte; insofern kann auf den Begriff verzichtet und die Vertrauenshaftung der rechtsgeschichtlichen Analyse anvertraut werden.

Einmal in die Welt gesetzte juristische Figuren halten sich jedoch hartnäckig. Es ist daher davon auszugehen, dass die Vertrauenshaftung auch in den kommenden Jahren Erwähnung in der Literatur findet. Auch die Gerichte werden sich weiterhin gelegentlich damit befassen müssen, da Geschädigte bei der Geltendmachung nicht auf einer vertraglichen Grundlage beruhender Ansprüche für

⁴⁴ Siehe ROBERTO (FN 38), N 05.69; vgl. ferner FRANZ WERRO, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 2003, 12 ff.; BERGER (FN 31), N 1943 ff.

⁴⁵ BGE 57 II 86.

⁴⁶ BGE 101 II 69.

⁴⁷ BGE 111 II 474.

⁴⁸ BGE 124 III 363.

⁴⁹ Weitere Fälle sind etwa BGE 93 II 329 (unrichtig ausgestelltes Akkreditiv) sowie 116 II 695 (Haftung aus Gefälligkeit). Siehe zum Ganzen ROBERTO (FN 38), N 05.70 ff.; DERS., Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 511 ff., 520 f.

⁵⁰ Siehe beispielsweise BK-BREHM (FN 38), Art. 41 OR N 53f ff.; BK-MÜLLER (FN 31), Einleitung in das OR N 347 ff.; FISCHER

(FN 38), Art. 41 OR N 112 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 38), § 4 N 22; HUGUENIN (FN 31), N 1725; ROBERTO (FN 38), N 05.85; SCHWENZER (FN 12), N 52.03 ff.; REY/WILDHABER (FN 38), N 49; a.M. noch in der Voraufgabe HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, N 37a; sodann GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 30), N 982f.; BSK OR I-ZELWEGGER-GUTKNECHT (FN 38), Einleitung vor Art. 1 ff. N 100 ff.; FELLMANN/KOTTMANN (FN 7), N 343.

reine Vermögensschädigungen, um nichts zu versäumen, in vereinzelt Fällen jeweils auch die Vertrauenshaftung als Haftungsgrund anführen werden.

Wie lange es gehen kann, bis sich eine Rechtsfigur vollends aus der Rechtsdiskussion verabschiedet, zeigt die im Schrifttum punktuell nach wie vor auftauchende Rechtsfigur der *«faktischen Verträge»*,⁵¹ welche ebenfalls den Ausgleich von Vermögensbeeinträchtigungen im ausservertraglichen Bereich bezweckte und damit als Vorläufer der Vertrauenshaftung bezeichnet werden kann. Ein Nachruf mag daher verfrüht sein.⁵² Das 25-jährige Jubiläum der Vertrauenshaftung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte aber der richtige Anlass sein, um den Abschied einzuleiten.

⁵¹ Siehe etwa aus neuerer Zeit BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 38), Einleitung vor Art. 1 ff. N 120 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 30), N 1183a ff.; kritisch bereits DANIEL WÜRSCH/ROBERTO DALLAFIOR, Können Fakten Verträge begründen?, SJZ 1989, 273 ff.; vgl. auch SCHWENZER (FN 6), 76, wonach das faktische Vertragsverhältnis, als es vom Bundesgericht rezipiert wurde, *«in Deutschland selbst von seinem letzten einsamen Verfechter in-zwischen aufgegeben worden war»*.

⁵² Bereits vor zwanzig Jahren wurde der Rechtsfigur eine kurze Lebensdauer bescheinigt. Mit Verweis auf BGE 123 III 220 führte SCHWENZER (FN 6), 69 f., im Jahre 1999 aus: *«Vielleicht darf man aufgrund dieses Entscheids hoffen, daß die unreflektierte Rezeption des Instituts der Vertrauenshaftung nicht mehr als ein kurzes Intermezzo im schweizerischen Rechtsdenken darstellt.»*